

Posse em novo cargo e responsabilidade disciplinar por fatos precedentes

Antonio Carlos Alencar Carvalho*

Introdução

Situação que desperta alguma polêmica, ao menos inicial, concerne ao caso em que servidor público, que responde a processo administrativo disciplinar por fatos praticados no primeiro cargo permanente, toma posse em outro cargo inacumulável perante a mesma Administração Pública, após aprovação em concurso público, antes do julgamento do feito punitivo.

É comum se invocar que, uma vez que não existe mais o exercício do primeiro cargo efetivo, em face da exoneração para posse em segundo posto de investidura permanente inacumulável, a Administração Pública estaria impossibilitada de aplicar pena disciplinar correspondente aos fatos cometidos na anterior relação funcional, inclusive no caso de pendência de efetivação material de punições decididas, como a multa, ainda não implementada com o desconto no contracheque dos dias de cumprimento da penalidade.

O que fazer nesses casos?

A questão debatida consiste essencialmente na indagação destes problemas: a exoneração do cargo efetivo inacumulável anteriormente ocupado pelo servidor (em cujo desempenho ocorrera a prática de ilícito funcional, apurada e processada na forma da lei, mas com efetivação de penalidade pendente) torna prejudicado o exercício do poder disciplinar da Administração Pública em face da investidura, após aprovação em concurso público, em novo posto efetivo?

2 A posse em outro cargo inacumulável não pode conferir imunidade disciplinar: conciliação dos princípios da razoabilidade e da moralidade

Conquanto o tema inicialmente gere alguma perplexidade numa primeira análise (o servidor sofre

punição, depois de ser investido em outro cargo inacumulável, por fato praticado no exercício do posto efetivo anteriormente ocupado), já assentamos em nossa obra que *não se poderia tolerar que a investidura em novo cargo público, na mesma esfera administrativa, servisse como meio de o servidor acusado tornar inócuo o direito da Administração Pública de puni-lo, mediante a exoneração do primeiro posto*:¹

Senão, bastaria ao corrupto enriquecer-se com sua desonestidade, causando prejuízos à Administração Pública, e, depois, exonerar-se voluntariamente do cargo para, por absurdo, em seguida obter uma segunda investidura em posto efetivo na mesma estrutura administrativa, quiçá para repetir e prosseguir na escalada de improbidade administrativa, mediante aprovação em novo concurso público, o que se revela inaceitável. Seria um paradoxo que o Estado, o Distrito Federal, o Município ou a União, depois de sofrer lesão patrimonial pelos atos de improbidade cometidos pelo servidor acusado no processo administrativo disciplinar originário, ainda tenha que suportar a permanência do agente público corrupto nos mesmos quadros administrativos, sob o risco de novas irregularidades serem consumadas pelo infrator.

Ponderamos em nosso livro² que, no caso de aprovação em concurso público para provimento de outro cargo na mesma ou em outra carreira na esfera da própria Administração Pública a que adrede vinculado o servidor, seria incompatível com o princípio da inocência (conquanto norma de maior propriedade na seara do processo penal) impedir a investidura no novel posto pelo fato de o funcionário responder a processo administrativo disciplinar; todavia deveria ser preservada, paralelamente, em nome do *princípio da moralidade e do interesse público*, a possibilidade de o Estado apenar ilícitos anteriormente perpetrados, inclusive por meio da exoneração do segundo cargo (anulação da nomeação no segundo cargo por falta de idoneidade do servidor), na hipótese de a

* Autor do livro *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública*. Advogado em Brasília-DF. Procurador do Distrito Federal desde 1996. Especialista em Direito Público e Advocacia Pública pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

¹ CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública*. p. 456-459.

² CARVALHO, *loc. cit.*

conduta apurada e comprovada ser grave o bastante para impedir a nova investidura, como nos casos de incompatibilização temporária ou definitiva para o desempenho de novos postos administrativos³ (art. 137, *caput* e parágrafo único, Lei 8.112/1990), ou por resultado negativo que teria sido induzido na pesquisa de investigação social.

Em todo caso, na hipótese de admissão da investidura no segundo cargo, deve ser mantida a possibilidade de posterior julgamento condenatório no processo administrativo disciplinar originário, ainda pendente de conclusão, resultado que também implica a demissão e perda do primeiro posto público, em cujo exercício foi consumada ilegalidade na conduta funcional, além de permitir a perda do segundo cargo, anulando-se a nomeação, porque não houve o atendimento a um dos pressupostos legais para provimento: a aprovação na investigação social ou idoneidade moral para o preenchimento do posto, se previstos na lei reguladora do acesso na carreira (art. 5º, § 1º, c/c. art. 10, parágrafo único, da Lei 8.112/1990, com a redação determinada pela Lei 9.527/1997), o que permite a revisão do ato administrativo de investidura no prazo de cinco anos, contados de sua prática, salvo em caso de má-fé, como na falsa declaração do servidor de que não respondia a processo administrativo disciplinar ou sindicância, ou se a malícia se manifesta de outra forma, quando não haverá incidência do prazo quinquenal para anulação da nomeação (art. 54, Lei Federal 9.784/1999).

Esse entendimento é o perfilhado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁴:

Estando o servidor respondendo a processo administrativo disciplinar não há empeco legal à

³ Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos (valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública); Parágrafo único. Não poderá retornar ao Serviço Público Federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI (prática de crime contra a Administração Pública; improbidade administrativa; aplicação irregular de dinheiros públicos; lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; corrupção). Art. 117.

XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro.

⁴ AMS – 200304010359401/RS, 4ª Turma, decisão de 1º/09/2004, *DJU* de 06/10/2004, p. 444, *DJU* de 06/10/2004, rel. Des. Federal Valdemar Capeletti, unânime.

assunção em novo cargo, decorrente de nomeação em virtude de aprovação em concurso público. Todavia, a superveniente decisão do processo disciplinar, cominando a aplicação da penalidade de demissão do anterior cargo ocupado, não pode deixar de ser considerada, para fins de afirmação do seu direito líquido e certo à posse e exercício no novo cargo, em face do disposto no art. 137 da Lei n. 8.112/90, que dispõe sobre a incompatibilização do ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos. Por força do disposto no art. 462 do CPC, cabível tomar em consideração a decisão do processo administrativo disciplinar como causa modificativa do direito alegado. É de ser afastado qualquer argumento no sentido de que a demora na tramitação do processo judicial, com o decurso do prazo impeditivo de cinco anos, acaba por convalidar a nomeação do servidor ao pretendido cargo, de forma a que se possa reconhecer o seu direito à posse e exercício no mesmo. Não fosse pelo fato de que já caducou o prazo de validade do Concurso Público a que se submeteu o demandante, pelo fato de que não poderia a demora da prestação jurisdicional afastar as consequências decorrentes da incidência da lei ao caso, sob pena de, ao assim proceder-se, tornar letra morta o disposto no art. 137 da Lei n. 8.112/90, dispositivo voltado ao interesse público e à moralidade administrativa. O reivindicado direito do impetrante faleceu em razão da penalidade cominada na ação disciplinar, de modo que não há agora de prosperar a pretensão de posse e exercício no cargo de Fiscal de Contribuições Previdenciárias, em face do perecimento do direito à época.⁵ (sic).

Igual é o juízo do Tribunal Regional Federal da 5ª Região⁶ ao admitir a demissão do servidor por fato cometido no exercício de outro cargo, após investidura em novo posto efetivo:

O fato de o servidor público assumir outro cargo público, no âmbito da Administração Pública Federal, não impede a instauração de processo administrativo, a fim de apurar falta cometida quando da investidura anterior, desde que não consumada a prescrição administrativa.

Vale transcrever breve trecho do voto do relator nesse acórdão:

Embora exonerado a pedido, com vistas a assumir cargo perante a Justiça do Trabalho, nada estava a impedir, uma vez não consumada

⁵ AMS – 200304010359401/RS, 4ª Turma, decisão de 1º/09/2004, *DJU* de 06/10/2004, p. 444, *DJU* de 06/10/2004, rel. Des. Federal Valdemar Capeletti, unânime.

⁶ AC – 266181, Processo: 200105000370363/PE, 4ª Turma, decisão de 10/09/2002, *DJ* de 09/10/2002, p. 1.117, rel. Des. Federal Edilson Nobre, unânime.

a prescrição, que a Administração procedesse à apuração da falta aqui discutida. [...] A assunção de cargo público perante a Justiça do Trabalho não poderia representar cláusula de imunidade.

A matéria é enfrentada no mesmo diapasão pela doutrina de Eduardo Pinto Pessoa Sobrinho⁷, citando jurisprudência administrativa do antigo Dasp:

Posse em outro cargo de funcionário que responde a processo administrativo – Funcionário respondendo a processo administrativo foi nomeado, em virtude de concurso, para outro cargo, tomando posse do mesmo antes da conclusão do inquérito a que se achava submetido.

Discute-se sobre a legalidade da posse.

Nada impedia a posse do acusado em outro cargo.

Se o resultado do inquérito levar à punição do acusado este dela não se eximirá pelo fato de se achar em outro cargo.

O objetivo do Estatuto é o de evitar a impunidade do funcionário faltoso, o que não aconteceria na hipótese em exame.

Não seria justo que o funcionário acusado, respondendo a processo administrativo, se privasse do direito de exercer outro cargo para o qual foi nomeado por força de concurso a que se submeteu, em consequência do que se viesse a apurar. Mesmo porque estaria arriscado a ultrapassar os prazos de posse, perdendo direito a esta, com grande prejuízo, mormente se a penalidade que lhe fosse ser aplicada não importasse em demissão, ou se do inquérito resultasse sua inocência. – Parecer do DASP no Proc. 7.389/1960 (D.O. 03/09/1960).

O problema merece previsão até no Direito Comparado, como estipulado na Lei Portuguesa 58/2008, de 9 de setembro (Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas):

Artigo 4º

Sujeição ao poder disciplinar

[...]

4 - A cessação da relação jurídica de emprego público ou a alteração da situação jurídico-funcional não impedem a punição por infracções cometidas no exercício da função.

[...]

Artigo 38.

Alteração da situação jurídico-funcional do arguido

O trabalhador arguido em processo disciplinar, ainda que suspenso preventivamente, não está impedido de alterar, nos termos legais, a sua situação jurídico-funcional, designadamente candidatando-se a procedimentos concursais.

Evidencia-se que, no Direito Positivo lusitano, é admitida a hipótese de o servidor mudar de situação jurídico-funcional em virtude de candidatura e aprovação em procedimentos concursais (art. 38, Lei Portuguesa 58/2008), sem todavia gerar com isso óbice ao exercício do poder disciplinar administrativo por fato anteriormente praticado em outro posto (art. 4º, item 4, Lei Portuguesa 58/2008).

A questão se vincula aos consectários do *princípio da razoabilidade* (art. 2º, Lei Federal 9.784/1999, c/c Lei Distrital 2.834/2001), por cujo efeito seria demasiadamente adverso ao servidor público de carreira, enquanto ainda não foi julgado o processo administrativo disciplinar ou sindicância apenadora a que responde, impedir, por esse fato apenas, a posse em outro cargo⁸, após regular aprovação em concurso público, sem que sequer se saiba efetivamente da culpabilidade ou inocência do agente público, mas, paralelamente, em respeito ao postulado constitucional da *moralidade* (art. 37, *caput*, da Carta Magna de 1988), não se poderia tornar inócuo o poder disciplinar da Administração Pública pela via da exoneração a pedido, ainda que para fins de posse em outro cargo inacumulável.

É ao que conduz a interpretação teleológica do art. 172, da Lei 8.112/1990, ao vedar a exoneração do servidor que responde a processo administrativo disciplinar, regra que deve ser interpretada de forma razoável, com a possibilidade para o agente público acusado ser investido em outro cargo efetivo, mas sob o risco da eventual imposição de penalidade disciplinar, uma vez confirmado o cometimento e censurabilidade do fato ilícito anteriormente perpetrado, após ultimado o devido processo legal pela Administração Pública.

⁸ Alguns defendem que a solução jurídica mais pertinente, no caso de o funcionário, que responde a processo administrativo disciplinar, ser aprovado em concurso público e ser nomeado, na ordem de classificação dos aprovados no certame, em outro cargo na mesma Administração Pública, segundo orientação doutrinária defendida por José dos Santos Carvalho Filho, seria que o acusado pedisse licença para tratar de assuntos particulares. A jurisprudência tem sustentado, contudo, que essa linha de entendimento implicaria acumulação ilícita dos dois cargos, pois a licença para tratar de assuntos particulares não tem o condão de extinguir o vínculo funcional do servidor relativamente ao posto administrativo efetivo originário. (CARVALHO, *op. cit.*, p. 456).

⁷ PESSOA SOBRINHO, Eduardo Pinto. *Manual dos servidores do Estado*, p. 1.131-1.132.

O que parece repugnar ao direito seria, muito mais que o problema de o servidor sofrer presente punição funcional por fato cometido anteriormente no exercício de outro cargo, que a investidura em novel posto efetivo conferisse *imunidade e impunidade* ao funcionário por ilícitos anteriormente cometidos contra a *mesma Administração Pública* que o recrutou para outro cargo após segundo procedimento concursal.

Não poderia a via nobre do concurso público ser manejada, evidentemente, como forma de o infrator driblar e elidir o poder disciplinar da Administração Pública, até porque o vínculo jurídico-funcional do servidor com o Estado persiste, ainda que referentemente a outro cargo administrativo, modo por que o fato de o Poder Público ter agido com respeito às garantias constitucionais do funcionário acusado (observando o devido processo legal na apuração e punição de ilícito funcional cometido em primeiro cargo efetivo, com os respectivos efeitos de formalidades e tramitação processual responsáveis pela não-apenação imediata da transgressão) e de ter deferido, em nome do princípio da razoabilidade, a investidura em novo cargo após aprovação em certame concursal, não poderia ser manejado agora contra o Distrito Federal, impedindo o desforço sancionador estatal após evidenciada a falta no exercício funcional pretérito, visto que a mudança do *status* do agente público, sobretudo quando dentro da mesma carreira, não poderia constituir cláusula de imunidade disciplinar.

Essa ideia parece contemplada no texto da Lei 8.112/1990, por exemplo, quando admite a punição de servidor mesmo após exoneração, como sucede com a *conversão da medida exoneratória anterior em destituição do cargo em comissão*, no caso dos titulares de cargos em comissão (art. 135, parágrafo único), ou até mesmo com a consagrada figura da *cassação de aposentadoria*, em que o ex-servidor (que não mantém mais vínculo funcional com a Administração Pública)⁹

⁹ Isso porque a aposentação implica o rompimento do vínculo jurídico-funcional mantido pelo servidor com a Administração Pública e a decorrente vacância do antigo cargo público ocupado, fazendo com que nasça para o ex-funcionário um direito vitalício agora de natureza previdenciária relativamente ao Estado, por meio do qual passa a usufruir de prestações periódicas de proventos de aposentadoria enquanto viver. Em função da aposentadoria, o servidor público perde sua anterior situação jurídica de funcionário ativo da Administração Pública, deixando, por exemplo, de ostentar o *status* de agente público para fins de reconhecimento da prerrogativa de foro por exemplo, ainda que venha a responder depois da aposentação por fato ocorrido durante o exercício funcional, como aliás decidiu o Supremo Tribunal Federal sobre a

em cujos quadros anteriormente ocupara cargo efetivo ora vacante, por ingressar na inatividade, apenas convolvando com o Estado relação jurídica de caráter prestacional previdenciária a partir da aposentação) sofre apenação disciplinar, a despeito de não mais ocupar cargo público no momento do exercício do poder punitivo estatal.

3 A questão do desconto dos vencimentos em caso de penalidade de multa

Em relação ao desconto sobre a remuneração, pontue-se que a suspensão é o afastamento compulsório do servidor do exercício de suas funções e com consequente não pagamento de remuneração no período de cumprimento da penalidade.

Se o servidor deixará de exercer as atribuições do segundo cargo durante 20 dias, em função do cumprimento da pena suspensória, a decorrência lógica é que não poderia haver o desconto na remuneração do novo cargo no valor dos vencimentos do primeiro cargo, mas sim do posto novo, pois, do contrário, em virtude da diferença vencimental eventual entre as remunerações dos cargos, o agente público punido receberia ainda parte residual dos vencimentos do novo posto mais bem remunerado durante o tempo de cumprimento da sanção de suspensão, o que equivaleria a dizer que, conquanto sem trabalhar, no prazo de imposição da penalidade disciplinar, mesmo assim o servidor auferiria parte de sua remuneração como titular do novel posto efetivo de maiores vencimentos, o que não pode ocorrer durante o tempo de vigência da punição funcional de suspensão, pois *a pena de suspensão determina, por tantos dias quantos*

materia em reiterados acórdãos. Parece seguir esse entendimento Marçal Justen Filho ao pontuar: “A aposentadoria é ato administrativo unilateral que constitui a relação jurídica de inatividade, assegurando a percepção vitalícia de proventos em valor determinado, com cunho declaratório ou constitutivo da extinção do vínculo jurídico entre o Estado e o servidor.”

Outro efeito da aposentadoria é que o servidor inativo deixa de ocupar o cargo outrora titularizado na Administração Pública durante a atividade funcional, em virtude do que ocorre, *ipso facto*, com a aposentação, a *vacância* do posto administrativo anteriormente preenchido pelo funcionário aposentado. Em função da vacância do cargo público, que se desvincula da pessoa do servidor aposentado que anteriormente o ocupara, é possível à Administração Pública prover o posto vago por meio de promoção ou mesmo de nomeação, conforme o caso, para que outros servidores sejam investidos no cargo vazio e preencham aquele lugar na estrutura administrativa. Em outras situações, pode mesmo ocorrer a transformação, a declaração de desnecessidade ou até a extinção do cargo anteriormente ocupado pelo servidor aposentado.

os da sua duração, o não exercício de funções e a perda das remunerações correspondentes e da contagem do tempo de serviço para antiguidade (art. 11, item 2, Lei Portuguesa 58/2008 - Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas).

Destarte, se o servidor não exercerá, durante 20 dias, por exemplo, o novo cargo, não poderá receber, evidentemente, qualquer valor a título remuneratório correspondente ao período de cumprimento da pena suspensória, o que sucederia se fosse descontado apenas o montante proporcional dos vencimentos do primeiro cargo ocupado e no qual cometido o ilícito.

Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que:

1) A posse em novo cargo público inacumulável, nos quadros da mesma Administração Pública, com a manutenção do vínculo jurídico-funcional, não confere imunidade ao servidor referentemente a fatos praticados anteriormente no exercício funcional de primeiro posto efetivo, na esteira da jurisprudência, da doutrina, da legislação brasileira vigente e até no direito comparado lusitano;

2) durante o prazo de cumprimento da pena de suspensão, o servidor perde, proporcionalmente, a remuneração do cargo presentemente ocupado, no caso do novo posto mais bem pago, pois, caso fosse descontado apenas o valor parcial da remuneração do primeiro posto do qual já exonerado, na prática, o agente público, no tempo em que cumpre sanção suspensória, receberia parte de seus vencimentos, o que não é admitido pela própria natureza jurídica dessa modalidade de punição, porquanto não há prestação de serviço no liame temporal de vigência da pena e, logo, não pode a Administração Pública pagar ao servidor punido qualquer importância nesse período.

Referências

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública*. 2 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 456-459.

PESSOA SOBRINHO, Eduardo Pinto. *Manual dos servidores do Estado*. 13 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985, p. 1.131-1.132.